

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:RVS:2014:1108

Beltman, Daan

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Beltman, D., (2014). *Case note: ECLI:NL:RVS:2014:1108*, Nr. 201300525/1/V4, Nr. ECLI:NL:RVS:2014:1108, mrt. 27, 2014. (Administratiefrechtelijke Beslissingen (AB) Rechtspraak Bestuursrecht; Vol. 2014-29, Nr. 261).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Naam Annotator : D. Beltman

Functie gastannotator : Onderzoeker/jurist bij het Onderzoeks- en Expertisecentrum voor Kinderen en Vreemdelingenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen

Administratieve gegevens uitspraak

Instantie : ABRvS

Datum : 27 maart 2014

Zaaknummer : 201300525/1/V4

ECLI : ECLI:NL:RVS:2014:1108

Namen rechters : mrs. Parkins-deVin, Van der Spoel, Hent

Wetsartikelen

Verdrag inzake de Rechten van het Kind, art. 3; Handvest art. 24; EVRM art. 8; Awb art. 8:54 en art. 8:72, derde lid

Inhoudskopje

Waterscheiding. Het belang van het kind moet betrokken worden in het asielbesluit.

Trefwoorden:

Asiel

Vette koptekst

Het belang van het kind is ten onrechte niet betrokken in het asielbesluit, maar de rechtsgevolgen van het besluit blijven in stand.

Cursieve koptekst

Bij besluit van 10 mei 2012 heeft de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel een aanvraag van de vreemdeling om haar een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd te verlenen afgewezen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) overweegt dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat het besluit van de staatssecretaris, waarin hij naar aanleiding van het beroep van de vreemdeling op artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie heeft gesteld dat uit de systematiek van de Vreemdelingenwet 2000 volgt dat binnen de betreffende procedure geen plaats is voor een beoordeling van een beroep op artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en niet is gebleken van een bijzonder geval op grond waarvan de waterscheiding zou moeten worden doorbroken, een deugdelijke motivering ontbeert in de zin van artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht omdat hij de belangen van de minderjarige zoon van de vreemdelingen in het geheel niet heeft betrokken. Vervolgens ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht te bepalen dat de rechtsgevolgen van het door de rechtbank vernietigde besluit van 10 mei 2012 in stand blijven.

Noot

1. In deze noot staan twee onderwerpen centraal. Allereerst ga ik in op de problematiek van de waterscheiding en de gevolgen daarvan voor de toetsing van het belang van het kind in een asielprocedure (onder 3 t/m 5). De waterscheiding houdt *stricto sensu* in dat in de

asielprocedure geen ‘reguliere’ omstandigheden getoetst worden, zoals bijvoorbeeld omstandigheden gerelateerd aan het gezinsleven. Daarnaast mogen in de reguliere procedure asielgerelateerde omstandigheden geen rol van betekenis spelen, zoals gevaar voor vervolging in het land van herkomst. Vervolgens behandel ik de beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) om ex artikel 8:72, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten (onder 6 t/m 8). Tenslotte kom ik tot een conclusie (onder 9 en 10). Alvorens daartoe over te gaan, bespreek ik allereerst kort de onderhavige zaak (onder 2).

2. Een Ivoriaanse vrouw is vermoedelijk in 2004 hoogzwanger naar Nederland gevlucht. In december 2006 heeft zij een asielvergunning verkregen en haar zoon een afgeleide asielstatus. Op basis van de achterliggende stukken (voor deze noot heb ik de beschikking gekregen over de beschikking *in primo* van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 10 mei 2012, de uitspraak van de Rechtbank ’s-Gravenhage, zittingsplaats Zwolle, 17 december 2012, AWB 12/18271 en het hoger beroepsschrift van de staatssecretaris van 14 januari 2013) ga ik ervan uit dat haar vergunning is verleend op grond van het destijds geldende categoriale beschermingsbeleid voor Ivoorkust dat heeft gegolden van 28 november 2005 tot en met 2 september 2010 (Staatscourant 2 september 2010, Besluit van de Minister van Justitie van 20 augustus 2010, nummer WBV 2010/13, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, nr. 13554. Sinds 1 januari 2014 is het categoriaal beschermingsbeleid overigens uit de Vreemdelingenwet 2000 gehaald). Op 5 juli 2011 heeft zij voor haarzelf en haar zoon een asielvergunning voor onbepaalde tijd aangevraagd, waarop de staatssecretaris op 10 mei 2012 afwijzend heeft beslist. Zowel de uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 17 december 2012 als de onderhavige uitspraak in het hoger beroep bij de Afdeling beperken zich enkel tot de vraag of de staatssecretaris in het bestreden besluit het ‘belang van het kind’ heeft betrokken ex artikel 24 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) en artikel 3 van het VN-Verdrag inzake de Rechten van het kind (VRK). Het beroep op artikel 7 Handvest (het recht op gezinsleven) is door de rechtbank niet inhoudelijk beoordeeld. De Afdeling wijdt er ook geen overweging aan. Het zou kunnen zijn dat de advocaat deze grond in de hoger beroep procedure heeft laten vallen. De volgende belangen van het kind worden *in casu* aangevoerd: het kind heeft uitsluitend binding met Nederland en geen enkele (sociale) binding met het land van herkomst, in het land van herkomst heeft het kind geen sociaal netwerk om op terug te vallen, de vader van het kind woont in Nederland en het kind heeft een recht op regelmatige betrekkingen met de vader en het kind spreekt de taal van Ivoorkust niet. De rechtbank is kort en goed van oordeel dat de staatssecretaris het ‘belang van het kind’ in het geheel niet heeft betrokken in zijn besluit, gaat daarom over tot vernietiging van het bestreden besluit en draagt de staatssecretaris op om opnieuw een besluit te nemen. De Afdeling, die de zaak ex artikel 8:54 Awb zonder zitting heeft afgedaan, bevestigt de uitspraak van de rechtbank en gaat vervolgens over tot het in stand laten van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit met toepassing van artikel 8:72, derde lid Awb.

3. De staatssecretaris heeft in eerste aanleg, bij de rechtbank en bij de Afdeling in het beroep van betrokkene op artikel 7 (recht op gezins- en privéleven) en artikel 24 Handvest en artikel 3 VRK (beide gericht op het betrekken van het ‘belang van het kind’ in de besluitvorming) een beroep gelezen op artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Dat is in principe niet geheel vreemd omdat in de toets aan het recht op gezins- en privéleven van artikel 8 EVRM, in overeenstemming met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het ‘belang van het kind’ wordt betrokken (zie bijvoorbeeld EHRM 28 juni 2011 (*Nunez t. Noorwegen*), JV 2011/402,

m.nt. S.K. Van Walsum (zie ook E. Nissen, 'Het 'best interests'-beginsel in de rechtspraak over artikel 8 EVRM', *A&MR* 2013 nr. 7, p. 337-343 en A.M. Reneman, 'Het kinderrechtenverdrag krijgt tanden', *A&MR* 2011 nr. 8, p. 349-362). Artikel 8 EVRM speelt volgens vaste Afdelingsjurisprudentie in een asielprocedure geen rol van betekenis in verband met de waterscheiding tussen asiel en regulier (zie bijvoorbeeld ABRvS 6 april 2012, 201110688/1/V2, r.o. 2.5.5; ABRvS 3 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ2141, r.o. 2.2). Hierbij zijn vanuit een Europeesrechtelijk perspectief wel vraagtekens te zetten (zie H. Battjes, De waterscheiding en het Europese asielrecht, *A&MR* 2010, p. 56-58 en T. Strik en M. Vreeken, Nareisbeleid 2014: De overgebleven obstakels voor gezinshereniging, *A&MR* 2014, p. 153). De vraag is of de strikte waterscheiding in het onderhavige geval ook opgaat.

Overigens spelen reguliere belangen wel een rol in gevallen waarin asielstatushouders een aanvraag doen tot afgifte van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd in het kader van de Richtlijn voor langdurig ingezetenen (Richtlijn 2003/109/EG). Deze richtlijn is sinds de implementatie van Richtlijn 2011/51/EU in Nederland op 29 maart 2014 ook van toepassing op migranten die 'internationale bescherming' hebben verkregen. *In casu* handelt het echter om een vorm van 'nationale bescherming' (categoriale bescherming) waarop Richtlijn 2011/51/EU volgens de staatssecretaris niet van toepassing is (zie de Memorie van antwoord van wijziging van Richtlijn 2003/109 EG teneinde haar werkingssfeer uit te breiden tot personen die internationale bescherming genieten). Hieronder zal ik echter niet verder ingaan op de mogelijke rechtsongelijkheid die hiermee lijkt te ontstaan, omdat ik mij wil beperken tot de juridische vraagstukken die spelen in de onderhavige zaak. Daarnaast wil ik (wellicht ten overvloede) nog opmerken dat artikel 3.6a van het Vreemdelingenbesluit 2000 het in de toekomst mogelijk maakt om ten aanzien van eerste asielaanvragen ambtshalve te toetsen aan artikel 8 EVRM. Een datum voor inwerkingtreding is echter nog niet bekend (Staatsblad, Besluit van 17 december 2013 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (stroomlijning toelatingsprocedures), 2013, nr. 580, p. 2).

4. Wanneer een beroep op het recht op respect voor gezins- en privéleven als bedoeld in artikel 8 EVRM wordt gedaan in samenhang met een beroep op artikel 3 EVRM (het recht om gevrijwaard te zijn van marteling en onmenselijke behandeling) en de aangevoerde omstandigheden met elkaar in verband staan, wordt de waterscheiding tussen asiel en regulier niet tegengeworpen. In dat geval kan een beroep op artikel 8 EVRM betrokken worden bij de beoordeling of de vreemdeling in aanmerking komt voor een verblijfsvergunning asiel (zie bijvoorbeeld ABRvS 7 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7416, *JV* 2010/284, m. nt. H. Battjes). Uit de onderhavige uitspraak en de achterliggende stukken blijkt niet dat betrokkene een beroep gedaan heeft op artikel 3 EVRM. Echter, volgens Schuurmans en Verburg ligt ambtshalve toetsing in de rede wanneer het gaat om absolute fundamentele rechten, zoals artikel 3 EVRM, en schending daarvan door de rechter vermoed kan worden (Y.A. Schuurmans en D.A. Verburg, Ambtshalve toetsing is toe aan hertoetsing. 'Een geur van hoger honing verdreef ons uit de woning', *NTB* 2009, p. 261-269). Een vermoeden over mogelijke schending van artikel 3 EVRM in deze zaak wordt mijns inziens gevoed doordat betrokkenen reeds een asielvergunning (op basis van het destijds geldende categoriale beschermingsbeleid voor Ivoorkust) bezaten. Bovendien kan schending van artikel 3 EVRM (in samenhang met artikel 3 en 6 VRK: het recht op leven en ontwikkeling van het kind) vermoed worden doordat langdurig verblijvende kinderen ontwikkelingsschade oplopen bij terugkeer naar het land van herkomst (M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet, Rijksuniversiteit Groningen 2006, <http://www.rug.nl/research/study-centre-for-children-migration-and-law/publications/schadenota.pdf>). In het onderhavige geval ligt de samenhang

tussen artikel 8 EVRM en artikel 3 EVRM (en artikel 3 en 6 VRK) in de aangevoerde belangen van het kind (zie onder 2) en de daarmee in verband staande ontwikkelingsschade die het kind bij terugkeer zal oplopen. Het staat immers vast dat de zoon van betrokkene in Nederland is geboren, tien jaar rechtmatig verblijf heeft in Nederland en geen enkele band heeft met het land van herkomst van zijn moeder.

Daarnaast geldt op grond van artikel 8:69, tweede lid, van de Awb een verplichting voor de rechter tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden. Aangezien het *in casu* gaat om een aanvraag van een asielvergunning voor onbepaalde tijd en betrokkenen reeds een asielvergunning bezaten, had de rechter een ambtshalve toets van artikel 3 EVRM kunnen lezen in het beroep van betrokkene, met name gelet op de belangen van het kind die aangevoerd worden (die bij het kind tot ontwikkelingsschade leiden). Kortom, de waterscheiding had in het onderhavige geval niet in de weg hoeven te staan aan een beoordeling van artikel 8 EVRM met daarin de toets of het ‘belang van het kind’ betrokken is bij het bestreden besluit. Afgezien hiervan is het de vraag of het ‘belang van het kind’ *ex* artikel 24 Handvest (dat gebaseerd is op artikel 3 VRK) dan niet autonoom getoetst had moeten worden, in plaats van het enkel op te vatten als onderdeel van een artikel 8 EVRM toets.

5. De staatssecretaris geeft in het besluit *in primo*, in beroep en in hoger beroep aan dat in de onderhavige procedure de specifieke belangen van het kind die *in casu* aangevoerd worden, gelet op de waterscheiding, niet passen binnen de asielprocedure. Een beroep van de gemachtigde van betrokkene op de communautaire verplichtingen die Nederland als lidstaat van de Europese Unie heeft, wordt in het besluit *in primo* afgedaan als “niets wezenlijks nieuws”, met een verwijzing naar wat eerder is overwogen over de waterscheiding. De Rechtbank Zwolle, doet vervolgens in haar uitspraak van 17 december 2012 – hetgeen de staatssecretaris mijns inziens had behoren te doen – een ‘communautaire toets’. De rechtbank beziet in drie stappen of de concrete casus zich leent voor directe toetsing aan het Unierecht: *ex* artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie heeft het Handvest dezelfde juridische waarde als de Verdragen van de Europese Unie, het Handvest is derhalve juridisch bindend (1); ingevolge artikel 51 Handvest zijn de bepalingen van het Handvest uitsluitend gericht tot de Lidstaten van de Europese Unie wanneer in een concrete casus het recht van de Europese Unie ten uitvoer wordt gebracht. Dit is *in casu* het geval omdat betrokkene onder het toepassingsbereik van een richtlijn van de Europese Unie valt (2); op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kan een bepaling van Unierecht worden ingeroepen voor de nationale rechter, ook als deze een beoordelingsruimte bevat voor de lidstaten en die omstandigheid sluit voor de nationale rechter niet uit om te toetsen of de nationale instanties de grenzen van deze beoordelingsruimte hebben overschreden (3). Zij concludeert dat artikel 24 Handvest, dat gebaseerd is op artikel 3 VRK en beoordelingsruimte toekent aan de lidstaten, de rechter verplicht om te toetsen of deze beoordelingsruimte in een concreet geval door de nationale instanties is overschreden. De Afdeling bevestigt in de onderhavige uitspraak dit oordeel van de rechtbank (zie r.o. 2.2). De staatssecretaris heeft aldus niet onderkend dat een beroep op artikel 24 Handvest en artikel 3 VRK een autonome toets behoeft (die ook in de asielprocedure uitgevoerd dient te worden). Een enkele verwijzing naar de waterscheiding tussen asiel en regulier om voorbij te gaan aan deze toets, levert een motiveringsgebrek op. Het vervolg van de onderhavige uitspraak laat zien dat, gezien de artikel 8:72, derde lid, Awb afdoening, een doorbreking van de waterscheiding ten aanzien van artikel 24 Handvest, zoals Groenendijk voor ogen heeft, (nog) niet aan de orde is (zie voor de dialoog tussen Groenendijk en Woltjer in: A. Pahladsingh, Tien jaar Vreemdelingenwet 2000 en de invloed van Europa, *JNVR* 2011, nr.

3/24 en vgl. ook H. Battjes, De waterscheiding en het Europese asielrecht, *A&MR* 2010, p. 56-58).

6. Evenals in de uitspraak van de Raad van State van 16 april 2013 (zie mijn noot bij deze uitspraak in *JV* 2013/229) staat voor mij weer ter discussie of de Afdeling heeft voldaan aan de vereisten voor de toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb. Deze vereisten, volgend uit haar eigen jurisprudentie houden onder andere in dat het geconstateerde gebrek aan het besluit *in primo* (het ontbreken van het betrekken van de belangen van de zoon van betrokkene) alsnog moet zijn hersteld en dat partijen zich daarover in voldoende mate hebben kunnen uitlaten (zie ABRvS 22 april 2013, *JV* 2013/204 en vgl. Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Rotterdam, 17 januari 2013, *JV* 2013/140, r.o. 4.3). In mijn annotatie bij de Afdelingsuitspraak van 16 april 2013 was ik zeer kritisch over het in die zaak aanwenden van deze vorm van finale geschilbeslechting. De Afdeling handelde niet conform haar eigen eisen die zij heeft gesteld voor toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb en liet proceseconomische belangen prevaleren boven het belang van partijen op een zorgvuldige rechtsgang. In het onderhavige geval kom ik tot dezelfde conclusie. Ik zal hierna focussen op de hiervoor genoemde vereisten. Eerst zal ik ingaan op het 'herstel van het gebrek' (onder 7). Vervolgens zal ik bespreken of partijen zich over dit 'herstelde gebrek' in voldoende mate hebben kunnen uitlaten (onder 8).

7. De Afdeling is door de toepassing van artikel 8:72, derde lid Awb van oordeel dat het hierboven genoemde door de rechtbank geconstateerde gebrek hersteld wordt. Daarvoor wijst zij in de eerste plaats naar de in hoger beroep overgelegde toelichting van de staatssecretaris en in de tweede plaats naar rechtsoverwegingen 4.1 en 4.2 van de Afdelingsuitspraak van 16 april 2013 (*JV* 2013/229, m. nt. D. Beltman). De toelichting die de staatssecretaris in zijn hoger beroep geeft houdt in dat de omstandigheden (belangen van het kind) die betrokkene aanvoert geen asielrelevante feiten en omstandigheden zijn. Dit laat zien dat de waterscheiding in de weg staat aan het betrekken van de aangevoerde belangen van het kind. De aangevoerde, kennelijk 'reguliere', belangen, wat er ook van zij, worden dus om de enkele reden dat ze niet asielgerelateerd zijn, terzijde geschoven. De waterscheiding voorkomt daarmee dat de aangevoerde belangen worden betrokken bij de besluitvorming. Het enige verschil tussen het besluit dat overeind blijft nadat de Afdeling artikel 8:72, derde lid, Awb heeft toegepast, en het bestreden besluit *in primo*, is dat de staatssecretaris in hoger beroep het tegenwerpen van de waterscheiding nader heeft toegelicht. Hiermee voldoet de staatssecretaris dus nog niet aan het door de rechtbank geconstateerde en door de Afdeling bevestigde gebrek, dat hij de belangen van de zoon van betrokkene in het geheel niet heeft betrokken in de motivering (Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Zwolle, 17 december 2012, AWB 12/18271, r.o. 2.12). Dit heeft de Afdeling niet onderkend bij de toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb. Bovendien kan het oordeel van de Afdeling over de uitleg met betrekking tot het tegenwerpen van de waterscheiding niet aangemerkt worden als een deugdelijke motivering ter herstel van het geconstateerde gebrek. Dit oordeel is namelijk niet in overeenstemming met de uitleg die wordt gegeven aan de vaststelling van en het onderzoek naar het 'belang van het kind' (het betrekken van het 'belang van het kind') bij de besluitvorming (zie voor die uitleg General Comment nummer 14: http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf, die gelet op de toelichting bij het Handvest, waarin is opgenomen dat artikel 24 Handvest (mede) gebaseerd is op artikel 3 VRK, van overeenkomstige toepassing is, zie <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:NL:PDF>). Bovendien is er op basis van die uitleg geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat artikel 3 VRK en artikel 24 Handvest zouden voorzien in een onderscheid tussen soorten

belangen die wel of niet betrokken mogen worden bij de besluitvorming. Het tegenwerpen van de waterscheiding is derhalve niet in overeenstemming met het Europees- en internationale recht (Vgl. H. Battjes, De waterscheiding en het Europese asielrecht, *A&MR* 2010, p. 56-58).

Vervolgens verwijst de Afdeling naar twee rechtsoverwegingen uit de uitspraak van 16 april 2013 waarin de Afdeling heeft overwogen dat de asielprocedure zich kenmerkt door de volgende waarborgen voor kinderen. In de eerste plaats wordt tijdens de procedure opvang, onderwijs, sociale voorzieningen en medische zorg verleend en de eenheid van het gezin behouden. Ten tweede wordt in het geval van alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv), waaraan geen zelfstandige asielvergunning wordt verleend, beoordeeld of zij in aanmerking komen voor een ambtshalve verleende reguliere vergunning. Ten derde wordt bij het terugkeerproces rekening gehouden met 'het belang van het kind'. In mijn annotatie bij die uitspraak heb ik mij zeer kritisch uitgelaten over het gebruik van dit argument en dat doe ik nu weer. De bovengenoemde waarborgen zouden volgens de Afdeling garanderen dat de staatssecretaris in het onderhavige individuele geval het belang van de minderjarige bij zijn besluit heeft betrokken. Deze waarborgen zien echter niet op het onderhavige bestreden besluit en kunnen dan ook niet aangemerkt worden als bij dit besluit betrokken belangen van het kind. Overigens heeft de staatssecretaris het beleid voor ambtshalve verlening van een amv-vergunning per 1 juni 2013 afgeschaft (zie hierover mijn noot bij ABRvS 14 augustus 2013, *JV* 2013/399). Inhoudelijk is de overweging waarnaar verwezen wordt niet correct. Kortom, artikel 8:72, derde lid, Awb had reeds niet toegepast mogen worden omdat aan het vereiste, dat het gebrek alsnog hersteld is, niet is voldaan.

8. Daarnaast is de Afdeling kennelijk van oordeel dat partijen voldoende in de gelegenheid zijn gesteld om zich over de vaststelling van het herstel van het gebrek uit te laten. Die conclusie trek ik zeer in twijfel. Artikel 47 Handvest, waarin het recht op een eerlijk proces en het recht op een effectief rechtsmiddel besloten liggen, brengt mijns inziens mee dat partijen de gelegenheid moeten krijgen gehoord te worden, althans voldoende in de gelegenheid gesteld worden zich uit te laten over noviteiten met mogelijke juridische gevolgen die in hun procedure aan de orde komen (vgl. Hoge Raad 12 juli 2013, *NJB* 2013/1796, r.o. 3.5.2). De Afdeling heeft in een eerdere uitspraak overwogen met betrekking tot de toepassing van artikel 8:72, derde lid, Awb, dat de vreemdeling, die niet ter zitting was verschenen, zich niet in voldoende mate heeft kunnen uitlaten over een door de staatssecretaris ter zitting ingenomen nieuw standpunt (ABRvS 22 april 2013, *JV* 2013/204, r.o. 2.3). In het onderhavige geval heeft de staatssecretaris weliswaar geen nieuw standpunt ingenomen, maar is er wel sprake van een noviteit met juridische gevolgen, namelijk de vaststelling dat het gebrek hersteld is. De Afdeling heeft de onderhavige zaak vervolgens, *ex* artikel 8:54, eerste lid, Awb, zonder zitting afgedaan en uit de uitspraak blijkt ook niet anderszins dat partijen de gelegenheid hebben gekregen op de vaststelling van de Afdeling, dat het gebrek hersteld is, te reageren. Het achterwege laten van een zitting is bovendien opmerkelijk gelet op de *ex nunc* toetsing die wordt toegepast in het kader van een artikel 8:72, derde lid, Awb afdoening (zie bijvoorbeeld ABRvS 29 juni 2011, *JM* 2011/101 m.nt. Jong en Van Velsen en *JOM* 2011/649, r.o. 2.20.2). Betrokkene kan in mijn optiek niet verweten worden dat zij voorafgaand aan de uitspraak niet meer feiten en omstandigheden heeft aangevoerd, omdat de vaststelling dat het gebrek hersteld is een noviteit is dat een onvoorzien oordeel oplevert. Betrokkene verkeerde door de uitspraak van de rechtbank, tot het moment van de Afdelingsuitspraak, nog altijd in de veronderstelling dat de staatssecretaris opnieuw op de aanvraag moest beslissen. Had de Afdeling partijen

uitgenodigd voor een zitting of anderszins partijen in de gelegenheid gesteld te reageren, dan ligt de situatie uiteraard geheel anders.

Op grond van artikel 8:54, eerste lid, Awb kan het sluiten van het onderzoek zonder dat een zitting heeft plaatsgevonden enkel wanneer het beroep ‘kennelijk’ gegrond, ongegrond of niet-ontvankelijk is. Het is de vraag of *in casu* gesproken kan worden van een volledige ‘kennelijk’-uitspraak. ‘Kennelijk’ wil zeggen dat er in redelijkheid geen twijfel bestaat over de uitkomst van de procedure (P.J.J. van Buuren en T.C. Borman, Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, artikel 8:54 Awb, Kluwer: Deventer 2013). De Afdeling bevestigt de uitspraak van rechtbank en daarmee is het beroep van de staatssecretaris kennelijk ongegrond. Dat over deze conclusie geen twijfel bestaat, kan ik volgen. Echter, of er in redelijkheid ook geen twijfel bestaat over de toepassing die wordt gegeven aan artikel 8:72, derde lid, Awb is de vraag. De Afdeling impliceert hier overigens, naar ik vermoed, dat artikel 24 Handvest (en artikel 3 VRK) beoordelingsvrijheid geeft, aangezien zij van oordeel is dat de bestuursrechter de toepassing van die bepaling terughoudend dient te toetsen door te bezien of de staatssecretaris binnen de grenzen van het redelijke de bevoegdheid om vrij te beslissen heeft overschreden (zie bijvoorbeeld Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht (diss.), Kluwer: Alphen aan den Rijn 2005, p. 71-73). Ondanks dat artikel 24 Handvest beoordelingsvrijheid geeft aan de nationale instanties en de Afdeling dus slechts gehouden is om deze bepaling terughoudend te toetsen, kan dit gegeven in mijn opinie niet zondermeer de conclusie rechtvaardigen dat er redelijkerwijs geen enkele twijfel bestaat over de (hierboven besproken) nadere toelichting van de staatssecretaris, oftewel de vaststelling door de Afdeling van het herstel van het gebrek. De terughoudende toets die de Afdeling toepast ten aanzien van artikel 24 Handvest mag mijns inziens, gelet op artikel 47 Handvest (en de directe werking die uitgaat van deze bepaling), niet in de weg staan aan de beoordeling die ten grondslag ligt aan de toepassing van artikel 8:54, eerste lid in samenhang met artikel 8:72, derde lid, Awb betreffende de vaststelling van het herstel van het gebrek. Nog afgezien van mijn conclusie dat het gebrek *in casu* niet hersteld is, gaat het hier niet om een vaststelling van een gebrek ten aanzien van een norm waarvan met zekerheid vastgesteld kan worden of daaraan wordt voldaan of niet, zoals bijvoorbeeld een inkomensnorm, maar om een vage norm (‘belang van het kind’) die voor meerdere uitleg vatbaar is. Door toepassing te geven aan artikel 8:54 Awb (en niet is gebleken dat partijen op een andere wijze in de gelegenheid zijn gesteld te reageren) heeft de Afdeling niet voldaan aan het vereiste dat partijen voldoende in de gelegenheid zijn gesteld op het herstel van het gebrek te reageren. Overigens het tweede lid van artikel 8:54 Awb brengt mee dat partijen in de uitspraak gewezen dienen te worden op de mogelijkheid om tegen de 8:54-beslissing verzet aan te tekenen. In de onderhavige uitspraak is die verwijzing niet opgenomen.

Daarnaast is de beslissing van de Afdeling om in dit geval artikel 8:72, derde lid in combinatie met artikel 8:54 Awb toe te passen in strijd met artikel 12 VRK (het participatierecht van kinderen met betrekking tot besluiten die hen raken) in samenhang met artikel 3 en artikel 24 Handvest. Het juridisch bindende karakter van het VRK en het Handvest brengt mee dat ook rechtsprekende instanties (naast de wetgevende en uitvoerende macht) niet mogen handelen in strijd met deze bepalingen (zie D. Beltman en A.E. Zijlstra, ‘De doorwerking van ‘het belang van het kind’ ex artikel 3 VRK in het migratierecht: vanuit een bottom-up benadering op weg naar een top-down toepassing’, *JNVR* 2013, nr. 4, p. 288). Door in deze zaak, waarin een minderjarige betrokken is, zonder partijen te horen artikel 8:72, derde lid, Awb toe te passen, wordt artikel 12 VRK, in samenhang met artikel 3 VRK en artikel 24 Handvest, niet nageleefd.

Kortom, artikel 8:72, derde lid, Awb had ook niet toegepast mogen worden omdat aan het vereiste, dat partijen voldoende in de gelegenheid zijn gesteld om zich uit te laten over de vaststelling dat het gebrek hersteld is, niet wordt voldaan.

9. Ik kom tot een afronding. Dat de “toch al poreuze” waterscheiding gelet op het Europees recht zijn langste tijd wel heeft gehad moge duidelijk zijn (zie T. Strik, Naar een echt neutrale herschikking van asielgronden. Van c naar a of b, *A&MR* 2014, p. 22 en voetnoot 4 en vgl. H. Battjes, De waterscheiding en het Europese asielrecht, *A&MR* 2010, p. 56-58). Het is daarom bijzonder jammer dat de Afdeling daar, voor wat betreft artikel 24 Handvest, (nog) niet aan wil geloven. De Afdeling maakt daarnaast met haar bovenstaande uitspraak (wederom) duidelijk dat zij doorschiet in de vanuit proceseconomische redenen ingegeven wens en bestuursprocesrechtelijke ingegeven regel (*ex* artikel 8:41a Awb) zoveel mogelijk zaken finaal af te doen. Tenslotte laat de uitspraak op verschillende onderdelen zien dat de Afdeling nog enige winst kan boeken, daar waar het gaat om de kwaliteit van de uitspraak.

10. Het voorgaande juridisch betoog laat niet zien waar het in wezen om gaat. De consequentie van de onderhavige Afdelingsuitspraak is namelijk de uitzetting van een kind van tien jaar, dat in Nederland is geboren en dat al die jaren rechtmatig in Nederland heeft verbleven, naar een land waar hij nooit is geweest, de taal niet spreekt en geen culturele- en sociale omgeving heeft. Het is dan ook zeer aannemelijk dat hij bij terugkeer ontwikkelingsschade zal oplopen (M.E. Kalverboer en A.E. Zijlstra, De schade die kinderen oplopen als zij na langdurig verblijf in Nederland gedwongen worden uitgezet, Rijksuniversiteit Groningen 2006, <http://www.rug.nl/research/study-centre-for-children-migration-and-law/publications/schadenota.pdf>). Afgezien van de vraag of dit gegeven zou moeten leiden tot een verblijfsvergunning, verdient dit gegeven tenminste wel betrokken te worden in de besluitvorming. Daartoe is de Nederlandse overheid verplicht op grond van artikel 3 VRK en artikel 24 Handvest (in samenhang met artikel 6 VRK). Zowel het tegenwerpen van de waterscheiding als de wijze waarop in het onderhavige geval artikel 8:72, derde lid, Awb wordt toegepast, leiden tot schending van fundamentele kinderrechten. De Afdeling staat erbij, kijkt erna en oordeelt uiteindelijk verkeerd. Het is goed voorstelbaar dat, wanneer het standpunt van de staatssecretaris ten aanzien van de waterscheiding niet wijzigt, het ‘belang van het kind’ beperkt blijft doorwerken in de Nederlandse rechtsorde (zie hierover D. Beltman en A.E. Zijlstra, ‘De doorwerking van ‘het belang van het kind’ ex artikel 3 VRK in het migratierecht: vanuit een bottom-up benadering op weg naar een top-down toepassing’, *JNVR* 2013, nr. 4, p. 286-308) en de Afdeling dit soort uitspraken blijft produceren, er in de toekomst voldoende aanleiding zal zijn voor een nieuwe Kinderpardon-discussie.

Daan Beltman

(De auteur dankt mr. dr. F.M.J. Den Houdijker van de universiteit Leiden en mr. dr. A.M. Reneman van de Vrije Universiteit Amsterdam voor hun commentaar op een eerdere versie)